

## **Prefácio**

Jose Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis brindam-nos com este instigante livro, *Controle judicial de prognose legislativa e mudanças informais da Constituição*. É fácil antecipar o sucesso editorial do livro, que será de grande utilidade para os estudiosos da jurisdição constitucional, em especial do controle de constitucionalidade em abstrato. A amplitude do debate a respeito do tema teve início nos tribunais constitucionais europeus, destacadamente no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Quanto aos tradicionalistas do controle difuso – sistema em que o tribunal constitucional, responsável pelo controle concentrado, tem como modelo a Suprema Corte americana – trata-se de um misto, pois, de tribunal de direito comum e de Corte Constitucional. Acho que a eles, tradicionalistas do controle difuso, a extensão desse tipo de investigação judicial pareceria puro ativismo judicial.

Sabemos que há ativismo judicial bom e ativismo judicial ruim. Para mim, trata-se, no caso, de ativismo judicial bom, desde que considerado como a Suprema Corte americana o considera: o que deve ser verificado é se há um nexo entre a disposição legislativa, ou seja, a lei, e a situação fática regulada. Não existente esse nexo, certamente que não haveria razoabilidade ou proporcionalidade na aplicação do ato normativo à situação prevista, e terá falhado o legislador. Na verificação desse nexo, é claro que o exame dos fatos legislativos, em certa medida, terá ocorrido. E chega-se a isso, sem dúvida, com ativismo judicial, ativismo benfazejo e inevitável, em termos de interpretação judicial, conforme anota Mauro

Cappelletti, ao escrever sobre as “Causas do fenômeno moderno do crescimento da (inevitável) criatividade da interpretação judiciária: a revolta contra o formalismo”.<sup>1</sup>

No caso Muller *versus* Oregon, de 1908, o tema foi examinado e decidido pela Suprema Corte americana. O advogado Louis D. Brandeis, que se tornou conhecido pelos seus trabalhos e por suas ideias progressistas – bem por isso cognominado o “advogado do povo” – e que, depois, na Suprema Corte, foi um dos seus maiores juizes, apresentou ao Tribunal o famoso memorial *Brandeis-Brief*. Cuidava-se da limitação de horas de trabalho da mulher, caso da maior importância, é fácil perceber, isto no início do século XX, em que o exame dos fatos legislativos teria que ser feito, justamente para concluir-se pela existência ou não do nexo entre a disposição legislativa e a situação fática sobre a qual a medida legislativa deveria incidir. O Brandeis-Brief, contam os historiadores da Suprema Corte americana, continha cerca de duas páginas contemplando a questão jurídica e mais de cem páginas com denso material sociológico e fático. Nem por isso a questão deixou de ser considerada “questão jurídica de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição”, lembra o Ministro André Mendonça, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal.<sup>2</sup>

Com esse sentido, o “controle da prognose legislativa”, inclusive no controle difuso, é legítimo. Numa corte que não é puramente Corte Constitucional, mas um misto de Corte Constitucional e corte de direito comum, que acumula os dois controles e é cúpula do Poder Judiciário, o que não me parece adequado, ênfase, é a adoção de uma criatividade extensiva da prognose legislativa, confundindo-se a Corte Constitucional com o Parlamento.

---

1 CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 31.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 81, Distrito Federal**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 20 jun. 2022. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.187, Distrito Federal**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 26 abr. 2023.

No parlamentarismo, em que a separação dos poderes, principalmente quanto ao Executivo e ao Legislativo, ocorre em termos simplesmente de colaboração – dado que a chefia do governo é do Parlamento, por meio do gabinete chefiado pelo primeiro-ministro, em que o Parlamento manda muito mais, e em que a Corte Constitucional é formada por indicados, sobretudo, pelo Parlamento –, será adequada a extensão da prognose que acaba, em razão dessa extensão, substituindo a discricionariedade legislativa pela discricionariedade judiciária.

Todavia, num sistema de governo presidencialista, em que a separação de poderes se faz nítida, porque dele é característica, a discricionariedade legislativa há de ser observada como própria do Poder Legislativo, sujeita ao controle judicial em casos claros de desvio da finalidade legislativa. E vale enfatizar, se inexistente um nexo entre a disposição legislativa e a situação fática na qual a lei deve ser aplicada, há de ser invocado o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade para considerar essa lei contrária à Constituição. Nesse caso, ter-se-á, também, abuso da função de legislar, em que não há de se falar em discricionariedade legislativa, mas em arbitrariedade legislativa. E não é preciso lembrar que, se de algum modo a lei causar ofensa à liberdade ou à propriedade, o controle jurisdicional será mais bem exercido no controle difuso, nem sei como poderia ser efetivado em abstrato.

A extensão do controle de prognose legislativa tem origem no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que se compõe de dezesseis juízes. O Tribunal Constitucional põe-se acima dos tribunais judiciários. Na sua composição, apenas seis juízes são oriundos dos tribunais superiores, escolhidos três pelo Parlamento (Bundestag) e três pelo Conselho Federal (Bundesrat). Os demais juízes vêm do Parlamento e do Conselho Federal. Todos têm mandato de doze anos, proibida a reeleição, com limite de 68 anos de idade.<sup>3</sup> O Tribunal é tão só Corte Constitucional, praticamente uma extensão do Parlamento.

---

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, nº 127, p. 241-258, jul./set. 1995.

Num sistema presidencial de governo, em que a separação dos poderes chega a ser cláusula pétrea, os poderes são independentes e harmônicos. Em nome dessa harmonia, expressamente exigida pela Constituição, a autocontenção dos juízes, em casos como este, não é só recomendável, mas, vale enfatizar, é exigida. E nisso não há nenhum demérito para a Corte ou para os seus juízes.

Oliver W. Holmes, dos maiores juízes da Suprema Corte americana, dos grandes líderes da chamada “*sociological jurisprudence*” – e que, bem por isso, não era positivista, além de que, ao contrário, sustentava que a lógica do direito não é uma lógica pura, mas, sobretudo, experiência, na qual se inclui a experiência dos juízes –, anotava que a boa aplicação do direito depende muito da autocontenção por parte dos magistrados (*self-restraint*), em deferência ao Poder Legislativo,<sup>4</sup> que não precisa “fazer constatações particulares para legislar”, como, aliás, afirma, reiteradamente, a Suprema Corte americana, e como bem apontam os autores do livro que ora prefeciamos.

Com tais observações, diga-se que o Supremo Tribunal Federal sempre, e não é de hoje, assim procedeu. E os professores José Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis, no capítulo “Controle de fatos e prognoses legislativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro”, isso deixam claro, até que

Em decisão monocrática, o ministro Gilmar Mendes afirmou, inaugurando o debate, que “a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional” (Mendes, 2000, [n. p.]). Se, no seu entender, houvesse uma “vinculação estrita” do Tribunal aos fatos e previsões legislativas, seria uma renúncia ao exercício do controle de constitucionalidade. Assim também sucederia caso o Tribunal não os examinasse (p. 100).

---

4 NETO, F. E.; WEDY, A. P. M. T. Oliver Wendel Holmes Jr. e a jurisdição constitucional norte-americana. *RJLB*, v. 3, n. 4, p. 405-450, 2017.

Ao Ministro Gilmar Mendes, já declarei por mais de uma vez, ficará o Tribunal devendo muito quanto ao controle concentrado de constitucionalidade. São preciosas as contribuições de Gilmar Mendes à doutrina do controle concentrado em abstrato. Gilmar, que estudou, presencialmente, a doutrina do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no seu período acadêmico no país, trouxe-nos de lá essa doutrina pronta, mas não acabada, que ele tem desenvolvido de forma superior. Estou, numa visão geral da questão, de acordo com o eminente juiz e professor. Mas quero acrescentar que a largueza da visão da matéria, tal como exposta, necessita de autocontrole, justamente porque os juízes não detêm a validação do voto capaz de substituir, com legitimidade, a discricionariedade legislativa pela discricionariedade judicial, nem seria possível afirmar que esta seria melhor do que aquela.

A questão, por outro lado, não pode ser posta, como acontece comumente em trabalhos jornalísticos, simplesmente no argumento de que uma corte liberal decide melhor do que uma corte conservadora. O tribunal deverá sempre e sempre decidir no rumo da justiça, fiel à lei, observados os limites decorrentes do sistema constitucional. Ademais, o que é ser conservador e o que é ser liberal? No rumo certo estarão os que entendem que conservar valores é importante, como tão mais importante é acompanhar as mudanças que decorrem dos tempos novos, porque a realidade é que os tempos mudam, e já Virgílio, que nos legou a *Eneida*, sustentava que os tempos mudam, e nós mudamos com eles. E pobre do homem que não é do seu tempo.

No decorrer dos anos, a partir da década de 1990, em especial da década de 2000, são inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram que a sua interpretação da Constituição tem acompanhado a evolução dos tempos e bem entendido o espírito inovador da Constituição de 1988.

Tudo estaria, no tema de que ora cuidamos, no fazer funcionar bem o sistema constitucional, é dizer, no fazer bem cumprida a Constituição, nos limites impostos por ela, numa interpretação que torne perfeito o seu espírito, que é aquele que encontra base na teoria de Montesquieu, que

revolucionou o século XVIII, e que representou a teorização do *Bill of Rights* de 1689, resultante da Gloriosa Revolução Inglesa de 1688, a da repartição das funções estatais: o Legislativo legisla; o Executivo administra, aplicando de ofício a lei, na bela conceituação do ato administrativo pelo sempre lembrado Seabra Fagundes; e o Judiciário julga com observância da lei e fazendo cumprir, sem arroubos, a Constituição.

O precioso livro que ora prefaciamos não deixa de anotar a trajetória da jurisdição constitucional brasileira, atento a sua jurisprudência. A obra firma-se em sólida bibliografia, de que constam doutrinadores da maior suposição. Na apresentação do tema, os autores esclarecem que a obra é dividida em duas partes, “a primeira se dedica ao controle judicial de prognose legislativa, enquanto a segunda trata das mudanças informais da Constituição”.

Na parte I, José Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis, com engenho e arte, desdobram o seu discurso teórico, abordando o “controle judicial de prognose legislativa”. Inicialmente, busca-se resposta à indagação: “O Poder Judiciário: guardião da legística e do devido processo legislativo?”. Continuam os autores no desenvolvimento do estudo do controle de prognose legislativa, baseado em evidências. Examinam-se decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e de tribunais europeus. Detém-se o livro no estudar a experiência de controle de prognose, na Alemanha, no Canadá e em Portugal, e estende-se na pesquisa do “Controle de fatos e prognose legislativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro”.

A parte II cuida das “mudanças informais da Constituição”, ou das “mutações constitucionais”, que aos autores, baseados em bons doutrinadores, “parecem um fenômeno inevitável, derivado da política”, mas que, “a rigor, elas não poderiam ocorrer, pois violam a rigidez constitucional e, nos Estados federais, a exigência de participação” das unidades federativas (p. 119). “Ainda assim, elas existem”, acrescentam. Seguem-se “Os processos formais de mudança da Constituição Federal”, “Os processos informais de mudança da Constituição ou ‘mutação constitucional’”, “A mutação constitucional como um fenômeno transconstitucional”

e “As dificuldades normativas das mutações constitucionais”. Examina o livro, ainda na parte II, “Mutação constitucional e federalismo”, “Mutação constitucional pelo Poder Legislativo” e “Mutação constitucional pelo Poder Executivo”.

Nas “Considera es finais”, tratam os autores das “prognoses das mudanças informais”, culminando por reconhecer, depois de exaustivamente debatida a questão, que “as mudanças constitucionais silenciosas podem ser legítimas ou ilegítimas, do ponto de vista da Teoria da Constitui o” (p. 191). E acrescentam, com a autoridade de doutrinadores do Direito Constitucional, com o que estamos todos de acordo, mas que é mais uma tese, pronta a lhe ser oposta uma antítese, a fim de se chegar a uma síntese, que tais mudanças silenciosas,

Se seguem uma teleologia constitucional, se promovem valores e princípios presentes na Constitui o, podem até levar o tecido semântico dos enunciados a fronteiras inimagináveis no início do trabalho constituinte. Se violentam essa teleologia, esses valores e princípios são rupturas que afetam o padrão de formalidade constitucional (p. 191).

E concluem, de forma magnífica, que “a efetividade tem seu peso. E seu preço. Cabe a quem estuda o fen meno compreendê-lo e sopes -lo. A realidade é mais vívida e complexa do que toda biblioteca de Direito Constitucional” (p. 191). Esta visão é, na verdade, de quem cuida do Direito com cientificidade, mas sem perder de vista seu caráter idealista.

O livro, vale concluir, examina e discute, está-se a ver, um mundo de questões constitucionais do nosso tempo, fazendo-o com amplo conhecimento do que de mais moderno tem sido veiculado por doutrinadores e tribunais. Vale a pena ser lido e anotado. E não poderá estar ausente da biblioteca dos homens e das mulheres do Direito.

Cumprimento os autores José Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis, certo de que o livro que vamos ler, *Controle judicial de prognose*

*legislativa e mudanças informais da Constituição*, constitui notável contribuição ao desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Brasília, DF, na primavera de 2024.

Carlos Mário da Silva Velloso<sup>5</sup>

---

5 Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, é advogado e professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da PUC Minas, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público.